Die deutschrechtliche Gewere und ihr Einfluß auf die Besitzeslehre des schweiz. ZGB.

DISSERTATION

der juristischen Fakultät der Universität Bern
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von
ERNST HAURI von Seengen (Kt. Aargau)

Buchdruckerei „Das Aufgebot", Buochs - 1942

Die deutschrechtliche Gewere und ihr Einfluß auf die Besitzeslehre des schweiz. ZGB.

DISSERTATION

der juristischen Fakultät der Universität Bern
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von
ERNST HAURI von Seengen (Kt. Aargau)

Buchdruckerei „Das Aufgebot", Buochs - 1942

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die Fakultät hat diese Arbeit im Juni 1940 auf Antrag von Prof. Dr. H. Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Bern, den 2. August 1940.

Der Dekan
der juristischen Fakultät:

Prof. Dr. H. Fehr.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547623_0062

Meinen Eltern

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. H. Fehr, spreche ich auch an dieser Stelle für die Anregung zu diesem Thema und für das mir während dessen Ausarbeitung bezeugte Wohlwollen meinen besten Dank aus.

Der Verfasser.

Inhalt

Einleitung 13

Erster und einleitender Teil:

Das mittelalterliche Institut der Gewere 15

§ 1) Der Begriff „Gewere“ 15
§ 2) Die Liegenschaftsgewere 16
§ 3) Die Rechtsgewere 30
§ 4) Die Fahrnisgewere 30
§ 5) Zusammenfassung 34

Zweiter und spezieller Teil:

Der Einfluß des Gewereinstitutes auf die Besitzeslehre des schweizerischen ZGB. 36

Vorbemerkung 36

I. Kapitel:

Begriff und Arten des Besitzes 37

§ 6) Der Besitzbegriff im ZGB. (ZGB. 919[1]) . . . 37
§ 7) Der Rechtsbesitz des Art. 919[2] 38
§ 8) Der mehrfache Besitz des Art. 920 . . . 40
§ 9) Der Erbenbesitz in Art. 560[1] 41

II. Kapitel:

Wirkungen des Besitzes 42

§ 10) Freiwilliger und unfreiwilliger Besitzesverlust (933, 934 ZGB.) 42
§ 11) Vermutung des Eigentums in Art. 930 und 931 . 44
§ 12) Der Besitzesschutz, insbesondere die Einrede eines bessern Rechts in Art. 927[2] 45

Literatur

Albrecht	Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechtes, Königsberg 1828.
Berger	Der Besitz von Rechten, Diss. iur. Zürich 1915.
Billeter	Der Begriff des Besitzes nach röm. und kanonischem Recht, Diss. iur. Zürich 1889.
Bruns	Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848.
Doerfliger	Der mehrfache Besitz, Diss. iur. Zürich 1923.
Düring	Die Besitzesschutzklagen nach dem schweiz. ZGB., Diss. iur. Bern 1918.
Egger	Tendenzen der jüngsten Privatrechtsordnung, Festgabe der Universität Zürich 1914.
Escher	Kommentar ZGB. Sachenrecht.
Gierke	Das Sachenrecht des deutschen Privatrechtes, München und Leipzig 1917.
Heusler	Die Gewere, Weimar 1872.
Homberger	Kommentar ZGB. Sachenrecht.
Homeyer	Sachenspiegel.
Huber	Schweizerisches Privatrecht, Basel 1886.
Huber	Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Berner Festschrift für Halle 1894.
Hübner	Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl.
Jenny	Der Besitzesbegriff nach ZGB., Diss. iur. Zürich 1915.
Knieb	Der Besitz des deutschen BGB., Jena 1900.
Köstlin	Krit. Ueberschau III.

Leumann Rechtsschein und Offenkundigkeitsgedanke im schweiz. Recht, Diss. iur. Bern 1933.

Marck Der Besitz nach dem deutschen BGB. und die altdeutsche Gewere, Diss. iur. Heidelberg 1903.

Meyer Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht, München 1909.

Radtke Der Besitz und Besitzesschutz bei selbständigen liegenschaftlichen Gerechtigkeiten des deutschen BGB. und Preußens, Diss. iur. Erlangen 1914.

Ostertag Kommentar ZGB. Sachenrecht.

Regelsberger Der gerichtliche Besitzesschutz nach röm. Recht, nach gemeinem Recht und nach dem deutschen BGB.

Romano Die Entwicklung des Besitzrechtes vom römischen bis zum heutigen Recht, Diss. iur. Zürich 1928.

Schneider Zürcher Privatgesetzbuch.

Stintzing Der Besitz, München 1889.

Tuor Kommentar ZGB. Sachenrecht.

Van Kan Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 32, N. F.

Wolff Der Begriff des Besitzes nach dem deutschen BGB., Diss. iur. Marburg 1926.

Einleitung

Der dem germanisch-mittelalterlichen Recht vor allem charakteristische Zug, den Rechtsbeziehungen eine sichtbare Gestalt zu geben, trat nirgends stärker hervor als im Sachenrecht.[1] So erschienen alle dinglichen Rechte, sowohl das Eigentum wie die Rechte beschränkteren Inhaltes, sowohl die Rechte an Liegenschaften wie die an Fahrnis, in der äußeren Form, im Kleide einer sogenannten Gewere. Daher war in der Tat die Gewere die Grundlage des mittelalterlich deutschen Sachenrechts.[2] Es mag nun auch hier die Versinnlichung als der Ausdruck einer naiven jugendlichen Anschauungsweise, die ein Recht an einer Sache nur da als vorhanden annehmen konnte, wo die Beziehungen des Berechtigten zum Gegenstand tatsächlich wahrnehmbar sich gestalteten, bezeichnet werden; auf dem Gebiete des Sachenrechts jedoch erwies sich diese Hervorkehrung des sinnlichen Elementes, dieser Formalismus, der für jede Berechtigung eine äußere, sinnlich wahrnehmbare Erscheinungsform verlangte, für die spätere Weiterentwicklung als äußerst wertvoll. Vor allem ermöglichte dieser Formalismus eine Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse auf Grund und Boden, die sich den höchst mannigfaltigen wirtschaftlichen Abstufungen anzupassen vermochte und er gewährte eine Sicherheit des liegenschaftlichen Rechtsverkehrs, wie sie eine abstrakte Regelung schwerlich hätte aufrecht erhalten können.[3]

Erst die neuesten Privatrechtskodifikationen des deutschen B. G. B. und des schweizerischen Z. G. B. haben in ihren sachenrechtlichen Grundsätzen der mittelalterlichen Gewere, nachdem ihr Name der Wissenschaft allmählich entfallen war, wieder vermehrte Beachtung zukommen lassen. Wieweit und inwiefern dies für die Besitzeslehre unserer Privatrechtsordnung zutrifft, soll diese Arbeit zu ergründen mithelfen versuchen. Ich stütze mich dabei in den allgemeinen und geschichtlichen Ausführungen auf die gewererechtlichen Ausführungen Hübners und lasse absichtlich andere Autoren die sich ebenfalls mit der Gewere befaßten weg .Denn es ist mir weniger daran gelegen, die auf diesem Gebiete in der Wissenschaft noch immer bestehenden Streitigkeiten zugunsten der einen oder andern Partei zu beleuchten oder gar Neues hinzuzufügen, als eine kurze einheitliche Uebersicht über die Gewere den Ausführungen im zweiten und speziellen Teil vorangehen zu lassen.

---

[1] Hübner: S. 199.

[2] Huber: Die Gewere.

[3] Hübner: S. 199.

ERSTER UND EINLEITENDER TEIL

Das mittelalterliche Institut der Gewere

§ 1 Der Begriff „Gewere"

Das in den Quellen des spätern Mittelalters häufig vorkommende Wort Gewere ist in der früherern Wissenschaft gewöhnlich als gleichbedeutend mit Besitz erklärt worden. Nachdem aber Albrecht in seiner klassischen Schrift vom Jahre 1828 die Gewere als ein eigenes deutsches Rechtsinstitut und als Grundlage des alten deutschen Sachenrechts entwickelte, hat die Wissenschaft in den letzten Jahrzehnten der Gewere wieder bedeutend mehr Aufmerksamkeit geschenkt. Bis heute ist man über den Begriff der Gewere noch getrennter Meinung; ob sie das dingliche Recht, das dingliche Klagerecht oder das Recht zu besitzen bedeute, gibt den verschiedenen Forschern Grund zu wissenschaftlichen Streitigkeiten. Es ist daher begreiflich, daß man alle Untersuchungen über die Gewere und die Folgerungen aus diesem Begriffe mit einem gewissen Mißtrauen ansieht und daß Köstlin mit Recht sagen durfte, es scheine Gewere recht vorzugsweise das Wort zu sein, das zur rechten Zeit sich einstelle, wenn Begriffe fehlen.[1]

Das in der mittelalterlichen Rechtssprache technisch verwandte Substantivum gewere, gewer, were, ahd. giweri (giwerida), gehört zum Verbum wern, das auf got. vasjan, ahd. werjan, ags. verjan zurückgeht und „einkleiden" bedeutet, wird in den lateinisch geschriebenen Quellen durch vestire, investire ersetzt. Gewere darf weder mit Wehr, Gewehr noch mit Gewähr identifiziert werden. Die Ausdrücke wern, vestire, gewere, vestitura fanden ihre zuerst nachweisbare Anwendung zur Bezeichnung der Handlung, durch die die Herrschaft über ein Grundstück in rechtförmlicher Weise übertragen wurde; diese Handlung stellte man sich als Bekleidung, Einkleidung der Person des Erwerbenden mit der Sache, dem Grundstücke vor. Aber auch den durch die Einkleidung herbeigeführten Zustand nannte man mit dem gleichen Worte, sodaß nunmehr auch die tatsächliche Herrschaft selbst Gewere hieß. Und indem der Ausdruck auch auf die Herrschaft über Fahrnisgegenstände ausgedehnt und ferner auch auf diejenigen

[1] Köstlin: S. 162.

Fälle angewendet wurde, in denen die Sachherrschaft nicht durch Uebertragung, sondern originär erworben waren, nahm er eine allgemeine Bedeutung an, die etwa unserem Besitz entsprach.[2]

§ 2 Die Liegenschaftsgewere

Damit eine Gewere i. S. der mittelalterlichen Quellen angenommen werden konnte, mußten regelmäßig zwei Erfordernisse, die tatsächliche Herrschaft einerseits, die Behauptung einer dinglichen Berechtigung anderseits, erfüllt sein. Diese beiden Voraussetzungen erinnern ihrem Wesen nach wenigstens, an die Erfordernisse der römischen possessio, des corpus und des animus. Die Fälle, in denen diese beiden Erfordernisse vorlagen, die regelmäßigen, die streitfreien, kann man als die Fälle der leiblichen Gewere bezeichnen.[3] Daneben gab es einige wenige, in denen eines der beiden Erfordernisse fehlte, gleichwohl aber von den Quellen eine Gewere anerkannt wurde. Es sind die Fälle der ideellen Gewere; letztere Gewerearten sind in der iuristischen Literatur vielfach noch umstritten.

a) Fälle der leiblichen Gewere

Als erstes der beiden Erfordernisse der leiblichen Gewere soll dasjenige der tatsächlichen Herrschaft behandelt werden.

Wer Herr einer Liegenschaft ist, hat sie in seiner Gewere, hat die Gewere an ihr.[4] Der sinnlichen Anschauungsweise des Mittelalters entsprechend wurde als sichtbares Zeichen der tatsächlichen Herrschaft über eine Liegenschaft die wirtschaftliche Nutzung derselben angesehen. Jedermann kann sehen, wer den Nutzen aus dem Gute zieht, wer es, wie die Quellen sagen, in Nutz und Gelde hat, es „utbort"; dieser also hat die Gewere.[5] Es gab aber sehr verschiedene Formen wirtschaftlicher Nutzung; nachfolgend seien in Anlehnung an die diesbezüglichen Ausführungen Hübners nur die wichtigsten erwähnt.

Oft kam es vor, daß die Grundbesitzer ihre Ländereien in den verschiedenen Formen der Leihe austaten; für sie lag dann die Nutzung in den Diensten, Zinsen und Abgaben, die ihnen von den

---

[2] Das französische und englische Recht bildete seine der deutschen Gewere entsprechenden Bezeichnungen vom ad. Verbum sazjan (latinisiert sacire) = setzen, in Besitz setzen; saisine, saisine, seisin.

[3] Hübner: S. 201.

[4] Hübner: S. 202.

[5] Richsteig Landr. 26 § 6: . . . so vrag: we an deme gude tu rechte were hebbe? So vintime: de it in nut unde in gelde hebbe.

Beliehenen entrichtet wurden; die Vasallen, Benefizianten, Zinsleute, Pächter usw. dagegen bewirtschafteten das Grundstück selbst und nutzten es also unmittelbar. Daraus ergab sich — ein für das mittelalterliche Recht besonders charakteristischer Umstand — die Möglichkeit und das häufige Vorkommen mehrfacher Gewere: neben der übergeordneten Gewere des Eigentümers, der sein Gut einem andern zur Bewirtschaftung überlassen hatte und von diesem Leistungen aus dem Gut empfing, die Gewere des Zinspflichtigen, der es unmittelbar nutzte.[6] Für diese unmittelbare Gewere wird der Ausdruck ledigliche gewere gebraucht, während sich die Bezeichnungen hebbende, gemene, blote gewere gleichmäßig auf alle Fälle der Nutzung beziehen.

Neben dem körperlichen Erfordernis der tatsächlichen Herrschaft, der Nutzung, dem römischrechtlichen corpus possessionis vergleichbar, verlangte das mittelalterliche Recht noch eine eigentümlich beschaffene innerliche Beziehung des Nutzenden zur Sache .Gab der Herr sein Gut einem Verwalter zur Bewirtschaftung, der natürlich den gesamten Ertrag dem Herrn abzuliefern hatte, so wurde dem Verwalter keine Gewere beigelegt. Ebensowenig dem Knecht, der für den Herrn auf dem Gute arbeitete. Wurde der Knecht oder der Verwalter in seinem Besitze gestört, so lag darin ausschließlich eine Verletzung der Gewere des Herrn. Verwalter und Knecht konnten nicht ein eigenes Recht am Grundstück behaupten. Diese Behauptung einer dinglichen Berechtigung an der Sache aber war es, die zur tatsächlichen Herrschaft hinzukommen mußte, wenn eine Gewere vorliegen sollte. Von den Fällen wo bloß ein Knecht oder Vertwalter mit der Bewirtschaftung beauftragt war sind jene streng zu trennen, in welchen durch Rechtsgeschäft vom Eigentümer die Nutzung des Gutes an den Zinsmann übertragen wurde, oder dem Erben nach Tod des Erblassers nach den Grundsätzen des Erbrechts dessen Grundbesitz angefallen war: hier wie dort vermochten beide ihre Herrschaft mit dem ihnen eingeräumten bezw. erworbenen dinglichen Rechte zu rechtfertigen. Es sind dies die Fälle von denen Gierke[7] sagt, daß beider Machtausübung als Rechtsausübung auftrete.

Die Ausführungen Hübners, auf eine weitere Besonderheit dieses innern Momentes der Behauptung einer dinglichen Berechtigung sich beziehend, füge ich in folgendem an. Angenommen, aus Anlaß einer Landschenkung habe sich, wie das häufig vorkam, ein Rechtsstreit erhoben. Der Beschenkte, oft eine Kirche, verlangte vom Schenker Herausgabe der Liegenschaft, indem er gegen ihn den Klagevorwurf erhob, daß er unrechtmäßig besitze.

---

[6] Sächs. Lehnrecht 14 § 1: Svie so it (das Gut) in nut unde in gelde hevet unde den Tins dar ut nimt, . . . die hevet die gewere dar an.

[7] Gierke: PrR II, S. 191.

Dieser wies jenen Vorwurf mit der Behauptung zurück, er habe sich lebenslänglichen Nutzgenuß am Gute vorbehalten. Erging nun das Urteil zugunsten des Klägers, so war damit zugleich festgestellt, daß der verurteilte Schenker, der bis jetzt die tatsächliche Herrschaft gehabt und sich zu ihr auch berechtigt geglaubt hatte, in Wahrheit nicht berechtigt gewesen war. Gleichwohl wurde ihm bis zu dem Augenblick, indem sich die Unrichtigkeit seiner Behauptung, ihr Widerspruch gegen das objektive Recht herausstellte, also bis zu dem ihn verurteilenden Gerichtsspruch die Gewere zugeschrieben. Erst mit dem Urteil erlosch seine Gewere, mochte er auch noch weiterhin seine tatsächliche Herrschaft festhalten. Hieraus ist zu ersehen: es war nicht unbedingt notwendig, daß jene Behauptung eines dinglichen Rechts unter allen Umständen wirklich der objektiven Rechtsordnung entsprach. Oder besser: es blieb vorläufig dahingestellt, ob sie es tat oder nicht; man nahm von vorneherein bis auf weiteres das Vorhandensein von subjektiv behauptetem und objektiv vorhandenen Recht an. Daher konnte auch bis auf weiteres jemandem, der sich für den Erben hielt ohne es zu sein, Gewere beigelegt werden. Dagegen sobald von einem Gegner jene behauptete Berechtigung in Zweifel gezogen wurde, mußte der Angegriffene, falls er seine Gewere verteidigen wollte, den Nachweis für das von ihm behauptete Recht erbringen. Konnte er es nicht, so fiel seine Gewere dahin. Es genügte also nicht eine lediglich subjektive Rechtsbehauptung, wie dies beim römischen animus domini der Fall war. Vielmehr mußte, wie Huber [8] sich ausdrückt, der Wille des Gewereinhabers ein Element des objektiven Rechts in sich aufgenommen haben; seine Behauptung mußte für den Fall, daß er seine Gewere gegen Angriffe zu verteidigen genötigt sein sollte, dem objektiven Recht entsprechen.

Dieser also beschaffene Wille bezog sich nun aber, wie bereits aus dem Gesagten sich ergibt, keineswegs darauf, die betreffende Sache wie ein Eigentümer zu besitzen. Dies war ein weiterer in die Augen fallender Unterschied gegenüber der römischen possessio, für die in den Regelfällen neben dem corpus der animus domini, d. h. der Wille erforderlich war, die Sache wie ein Eigentümer zu besitzen, weshalb auch nach römischem Recht der Besitz des Eigentümers als der Normalfall der possessio galt. Dem mittelalterlichen Recht genügte vielmehr der Wille, die Sache aus irgend einem rechtlichen Grunde zu beherrschen: auch wer behauptete und willens war das Grundstück als Nießbraucher, Pächter, Pfandgläubiger usw. zu nutzen, hatte die Gewere. Und es konnte ja auch, da das mittelalterliche Recht, wie wir schon

[8] Huber: S. 42.

sahen, eine mehrfache Gewere, eine Eigen-, Lehns-, Zins-, Satzungsgewere an demselben Grundstücke zuließ, gar nicht anders sein. Dieser Stufenbau verschiedener Geweren übereinander war der rechtliche Niederschlag der dem Mittelalter eigentümlichen mannigfaltigen Besitzverhältnisse an Grund und Boden; wir treffen ihn wie in Deutschland so in Frankreich und England. Freilich mag die bei den Leihen zu Lehn-, Dienst- und Hofrecht erst mit der Zeit in voller Ausprägung hervorgetreten sein, weil bei ihnen zunächst wenigstens für das Landrecht und also auch im ordentlichen Gericht nur der Herr der Vasallen, Dienstleute und Hofhörigen hinsichtlich des ausgeliehenen Grundstückes als Eigentümer und Gewereinhaber galt, die Gewere der von ihm Beliehenen dagegen nur für das Lehn-, Dienst- und Hofrecht zu Recht bestand und nur in den betreffenden Lehns-, Dienst- und Hofgerichten als solche anerkannt wurde. Erst allmählich fanden die Verhältnisse des Lehns-, Dienst- und Hofrechts auch vor den Landgerichten Anerkennung und damit erst erhielten jene Leiherechte den Charakter auch landrechtlicher, wenn auch beschränkter, Geweren. Aber von jeher bestanden auch für das Landrecht mehrere Geweren neben- oder übereinander, wo Grundstücke in freien Leiheformen erblich, lebenslänglich oder auf Zeit ausgetan, Leibgedingsrechte bestellt, Treuhandverhältnisse begründet, Vormündern Mündelgüter übergeben wurden. So z. B. bei der salfränkischen Affatomie,[9] wo derjenige, der sich mangels erbberechtigter Verwandter einen Erben schaffen wollte, sein Vermögen einem Vertrauensmann (Salmann) übertrug und ihm daran eine Gewere bestellte, damit er es nach dem Tode des Erblassers dem vermählten Erben herausgäbe. So ferner in den häufigen Fällen, in denen sich ein Schenker an seinem einer Kirche, einem Kloster geschenkten Besitz lebenslänglichen Nießbrauch und damit die Gewere zu Leiherecht vorbehielt, dagegen das Eigentum der bedachten Anstalt durch einen oft ganz geringen Zins anerkannte, wie überhaupt Zinseinräumung ein allgemeines, zur Begründung einer Gewere verwandtes Mittel war.[10] So bei den freien Erbleihen, den zeitlich beschränkten Prekarien, den zahlreichen Zeitpachtverhältnissen usw. Ueberall war hier die mehrfache Gewere der Ausdruck der nebeneinander bestehenden Berechtigung mehrerer am wirtschaftlichen Ertrage des einen Grundstückes.[11]

---

[9] Hübner: S. 205 ff.

[10] Swsp. [G] 22: Wil er (der Schenker) imz (dem Bedachten) aber gar staete machen, so sezc im einen zins dar uz; da mit hat er die gewerund mac daz gut niht verließen mit rehte ... Diu gabe ist aber diu aller stetest, diu mit der gewer geschit.

[11] Hübner: S. 205.

b) Fälle der ideellen Gewere

Während für die Fälle der leiblichen Gewere die beiden Grundbedingungen: die tatsächliche Herrschaft und die Behauptung eines dieser zu Grunde liegenden dinglichen Rechts, unbedingte Merkmale waren, fällt bei der ideellen oder iuristischen Gewere das eine der beiden Erfordernisse, die tatsächliche Herrschaft weg; nach übereinstimmendem Zeugnis der mittelalterlichen Quellen wurde aber dennoch eine Gewere angenommen.[12] Die einzelnen Fälle ideeller Gewere sind:

1. Die Auflassung: Die Auflassung war derjenige Rechtsakt, durch den im Mittelalter die Uebertragung eines Grundstükkes sich vollzog; obwohl keine körperliche Besitzeinweisung (Investitur) bei ihr vorgenommen wurde, verschaffte sie dem Erwerber sogleich auch die Gewere des Grundstückes.[13] Der in den Besitz Eingewiesene konnte sich nunmehr selbst des Gutes bemächtigen, oder, falls die Auflassung vor Gericht vollzogen war. gerichtlich einweisen lassen; aber die Gewere besaß er schon vorher, vom Augenblick der Auflassung an.

2. Die gerichtlich zugesprochene Gewere: Die Gewere wurde ferner demjenigen zugesprochen, dem sie durch gerichtliches Urteil zuerteilt wurde. Unmittelbar durch dieses ging sie vom Verurteilten, der sie bis dahin gehabt hatte. auf den Obsiegenden über; auch dieser konnte sich nun ohne weiteres des Gutes bemächtigen.[14]

3. Die Gewere des Erben: Durch den Erbgang ging die Gewere an den Liegenschaften des Erblassers unmittelbar auf den Erben über: der Erblasser hatte das Gut verlassen und es durch seinen Tod dem Erben frei gemacht oder, wie man in den Niederlanden sagte,[15] die Tür geräumt (daher die diesen Hauptsatz des germanischen Erbrechts bezeichnenden Rechtssprichwörter: der Tote erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif). Und zwar war das selbst dann der Fall, wenn ein Dritter nach dem Tode des Erblassers sich der tatsächlichen Herrschaft über das Gut bemächtigt hatte. Diesem mangelte, da sich seine Behauptung eines ihm zustehenden Rechts als unrichtig erwies, die Gewere; dieser Mangel war erheblicher als der der tatsächlichen Herrschaft, der der Erbengewere nicht im Wege stand.[16]

---

[12] Hübner: S. 205.

[13] Sächs. Lehnz. 39, §3: of en man enem anderen gut uplet vor sime herren, tohant so hevet he die gewere an ' me gude.

[14] Hübner: S. 206.

[15] Hübner: S. 206.

[16] Hübner: S. 206.

4. Die Gewere des rechtswidrig oder gewaltsam Entwerten: Endlich bezeichnet Hübner als ideelle Gewere auch den Fall, wo eine gewaltsame oder rechtswidrige Entwerung, Besitzentsetzung des Gewereinhabers stattgefunden hatte. Der gewaltsam seines Besitzes Entsetzte wurde weiterhin als besitzend betrachtet und die Gewalttat galt als seine Gewere nur störender nicht aber beseitigender Umstand.[17] Heusler[18] bezeichnet diese Rechtsfiktion als „eine der stärksten Rechtsfiktionen gegenüber dem tatsächlichen Bestande, zugleich eine der stolzesten Aeußerungen der Macht des Rechts über alle Angriffe auf seine Heiligkeit und Unantastbarkeit".

Obwohl also in diesen Fällen die tatsächliche Herrschaft fehlte, sei es, daß sie noch nicht erworben oder schon wieder verloren war, nahm das mittelalterliche Recht Gewere an. Die iuristische Erklärung dafür führt uns auf ein das ganze Geweresystem durchdringendes Prinzip, das Oeffentlichkeitsprinzip. Die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden haben von jeher im Mittelalter nach germanischer Rechtsauffassung unter dem Zeichen der Oeffentlichkeit gestanden. Wie einst die Zuteilung der Ackerlose, wurden auch später alle Rechtsgeschäfte über Liegenschaften öffentlich vorgenommen: die Rechtsbeziehungen der Einwohner zu den einzelnen Grundstücken waren und galten als jedermann bekannt. Sie alle fanden ihren Ausdruck in einer Gewere; jede Gewere wurde durch den Akt der Einkleidung, investitura, begründet, und dieser Akt war ein öffentlicher.[19] Daß es dem Recht des Mittelalters sehr daran gelegen war, die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden sichtbar zu machen, zeigt sich in der dem ältern Recht eigentümlichen Sitte der sogenannten sessio triduana.[20] In denjenigen Fällen, in denen der Schenker das geschenkte Gut zur Nutznießung zurückbehielt und also äußerlich kein Wechsel der Rechtsbeziehungen zu erkennen war, mußte der Beschenkte, nachdem ihm das Eigentum und damit die Eigengewere übertragen war, auf das Gut ziehen und dort drei Tage lang die tatsächliche Herrschaft ausüben. War nun nach diesen drei Tagen der Schenker noch immer gewillt, das verschenkte Gut für seine Nutznießung zu beanspruchen, so war doch die Umwandlung seiner Eigengewere in eine Zinsgewere der Umwelt kenntlich gemacht worden.

Vom Gesichtspunkt der Oeffentlichkeit aus nun, und nur an dieser war es ja hier dem mittelalterlichen Recht gelegen, hatte

---

[17] Schwäb. Lehnr. 96: Swem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen.

[18] Heusler: S. 269.

[19] Hübner: S. 206 und 207.

[20] Hübner: S. 206 und 207.

die ohne Investitur vollzogene Auflassung. ein die Gewere zusprechendes Urteil und auch ein Erbfall ganz den gleichen Wert, wie eine Investitur.[21] Der Unterschied lag, wie m. E. Hübner richtig folgert, nur darin, daß bei der Auflassung, dem Gerichtsurteil oder Erbfall lediglich die die Rechtsänderung begründende Tatsache, bei der Investitur auch der durch sie herbeigeführte veränderte Zustand sichtbar gemacht wurde. Dieser Unterschied aber war unwesentlich, da die Oeffentlichkeit der Berufung auch bei der Investitur das Entscheidende war. Und im Falle der gewaltsamen Besitzentziehung endlich handelte es sich gleichfalls um ein Ereignis, das, wo Liegenschaften in Frage kamen, der Oeffentlichkeit nicht verborgen zu bleiben pflegte: der öffentliche Rechtsbrauch vermochte an sich keine rechtsvernichtende Wirkung auszuüben. So konnte man mit gutem Grunde in diesen Fällen vom Erfordernis der tatsächlichen Herrschaft absehen und demjenigen eine Gewere zuschreiben, der jene nicht besaß.[22]

Nach Auffassung der Quellen gab es neben den genannten vier Fällen noch einige weitere Tatbestände, in denen Gewere vorlag, obgleich letztere ebenfalls nur durch den öffentlich vorgenommenen Begründungsakt sichtbar gemacht wurde. Hübner, dessen diesbezügliche Ausführungen ich hier einflechte, spricht in Anlehnung an Gierke[23] von sogenannter ruhender und anwartschaftlicher Gewere. Die Erstere lag z. B. vor in der Leibzucht, die der Frau bei Eingehungn der Ehe bestellt, aber erst nach dem Tode des Mannes wirksam wurde; im Nutzgenuß, den sich der Schenker am geschenkten Grundstück etwa lebenslänglich vorbehielt, ohne daß er dem Beschenkten, der durch die in Auflassungsform vollzogene Schenkung Eigentum und Gewere erhalten hatte, einen Zins einräumte; ebenso wenn der Schuldner einem Gläubiger ein Grundstück zu Pfand gab, ihm die Satzungsgewere daran übertrug und nun seine Eigengewere bis zur Einlösung völlig ohne äußeres Zeichen war .Der Eigentümer hatte hier nach dem Ausdruck der Quellen lediglich den Anfall; d. h. mit dem Wegfall jener andern, ihn anschließenden Gewere lebte seine bis dahin zwar vorhandene, aber unsichtbar gewesene Gewere sofort wieder auf.

Und ähnlich verhielt es sich bei der anwartschaftlichen Gewere, einer unter einer Bedingung erteilten Gewere, die erst mit deren Eintritt wirksam werden oder nur bis zu deren Eintritt bestehen sollte. So z. B. wenn eine donatio post obitum vorgenommen wurde: durch die gegenwärtig in Form der Auflassung mit

---

[21] Hübner: S. 207.

[22] Hübner: S. 208.

[23] Gierke: PrR S. 200.

Investitur vollzogene Uebereignung erhielt der Beschenkte sofort die Gewere, daher brauchte nach dem Todesfall keine weitere Handlung, keine Besitzeinweisung mehr stattzufinden; aber erst mit dem Eintritt der Bedingung, dem Tode des Schenkers, trat sie ins Leben. So vor allem auch bei der Gewere des Pfandgläubigers, dem ein Grundstück in der Form der jüngeren Satzung zu Pfand gesetzt worden war.

Freilich unterschieden sich die Fälle der ideellen von der ruhenden und anwartschaftlichen Gewere hinsichtlich ihrer Wirkungen. Die ruhende und anwartschaftliche Gewere war zunächst, bis zum Eintritt desjenigen Ereignisses, das die sie vorläufig in den Hintergrund schiebende leibliche Gewere des andern beendigte, ohne jede Wirkung; mit dem Eintritt des Anfalls aber erhielt sie wie eine leibliche Gewere jedem Dritten gegenüber volle Wirksamkeit. Die ideelle Gewere dagegen, die vom Augenblick ihrer Begründung an wirksam war, war dies immer nur nach einer ganz bestimmten Richtung hin: sie verschaffte ihrem Inhaber in den einzelnen Fällen nur eine Rechtsstellung gegenüber dem Auflassenden, dem zur Investitur Verurteilten, dem Nichterben, dem Entwerer. Denen gegenüber also, die zunächst die leibliche Gewere, die tatsächliche Herrschaft behalten oder sich angeeignet hatten, nicht gegenüber Dritten. Im Verhältnis zu Dritten galten vielmehr diese Inhaber der tatsächlichen Herrschaft zunächst weiterhin als Berechtigte. Daher ist die ideelle Gewere auch relative genannt worden. Sie erweist sich nur jener zunächst noch neben ihr bestehenden leiblichen Gewere gegenüber als die stärkere. [24]

c) Wirkungen der Liegenschaftsgewere

Die Rechtswirkungen der mittelalterlichen Liegenschaftsgewere lassen sich in der Hauptsache nach drei Richtungen: als Defensiv-, Offensiv- und Translativwirkungen zusammenfassen.

1. Die Defensivwirkung: Von den Fällen der ideellen Gewere abgesehen, war die Gewere der Ausdruck einer dinglichen Berechtigung an einer Liegenschaft. Die Gewere ließ auf ein in ihr verkörpertes Recht schließen und es wurde daher jeder andere als auf dem Wege der gerichtlichen Klage gemachte Angriff auf sie verboten. Der Angegriffene hatte gegen derartige Störungen das Recht der Selbsthilfe, nötigenfalls mit Gewaltanwendung. In Kapitularien, Landfrieden, Stadtrechten wie auch in den Rechtsbüchern wurde immer wieder ausgesprochen, daß niemand aus seiner Gewere gesetzt werden dürfe, außer sie werde ihm mit

[24] Hübner: S. 209.

Urteil abgewonnen.[25] Bei einem gerichtlichen Angriff nun mußte der Angegriffene seine Gewere mit den Waffen des Rechts verteidigen, d. h. er konnte sich nicht mehr auf seinen tatsächlichen Besitz berufen, und wenn der Angreifer seinerseits auch ein solches Recht in Anspruch nahm, mußte er sein besseres Recht beweisen. Gelang ihm dies nicht, so war seine Gewere gebrochen, der Mangel der zu seinen Gunsten bisher angenommenen Rechtsgrundlage dargetan.[26] In diesem Falle aber genoß er den Vorteil seiner Verteidigungsstellung. Er hat, im Gegensatz zum römischen Recht, das Privileg des Beweises, d. h. er ist, wie die Quellen sich ausdrücken, dem Beweise näher. Die Gewere verschaffte also naturgemäß die Beklagtenrolle und damit den Beweisvorzug in dem nun beginnenden Rechtsstreite.[27]

Dieser Rechtsstreit wurde von dem der Gewere darbenden Kläger stets mit der Klagebehauptung eröffnet, der Beklagte besitze zu Unrecht. So konnte, um einem Beispiele Hübners zu folgen, ein Verwandter des Schenkers behaupten, ihm sei an dem der Kirche geschenkten Gut eine Nutznießung bestellt worden, und er erhob nun nach des Schenkers Tode, von dem an der Nießbrauch beginnen sollte, Klage gegen die Kirche, die das Gut in Besitz genommen hatte und jene Bestimmung leugnete. Und so drehte sich denn auch der Streit und der Beweis stets darum, ob der Beklagte zur Ausübung der Gewere berechtigt gewesen sei oder nicht. Der schlichten Behauptung des Klägers gegenüber verteidigte sich der Beklagte mit seinem Eide, indem er beschwor, daß seine Gewere rechtmäßig sei; berief sich der Kläger selbst auf ein ihm zustehendes Recht, so mußte der Beklagte seinerseits sein von ihm in Anspruch genommenes Recht begründen. Der Angriff gegen die Gewere war also in Wahrheit ein Angriff gegen das Recht und die Verteidigung bezog sich gleichfalls auf das Recht, das in der Gewere sich äußerte. Der Prozeß machte also Form und Inhalt zu einer Einheit. Der Schutz, der zunächst lediglich dem faktischen Besitzzustande zuteil wurde, erwies sich damit zugleich als ein Schutz des Rechts, da er dem Gewereinhaber erleichterte, sein Recht nachzuweisen.[28]

Nun fand aber dieser der Gewere zugebilligte Schutz nicht nur in den Fällen der leiblichen, sondern auch in denen der ide-

---

[25] Z. B. Sächs. Lehnr. 38, § 4: Man ne sal niemanne von sinen geweren wisen, si ne si ime afgewunnen mit rechte. In England fand dieser Satz Aufnahme in die Magna Charta von 1215. (§ 39: Nullus liber homo . . . dissaissiatur . . . , nisi per legale iudicium pariorum suorum vel per legem tenae.)

[26] Hübner: S. 210.

[27] Schwäb. Lehnr. 10 b: Swer daz guot in gewer hat unde sprichet daz ein andre an, der der gewer darbet, wen (man) sol den (demjenigen) geziugen erteilen, der die gewer hat.

[28] Hübner: S. 212.

ellen Gewere Anwendung; gerade hierin trat, wie Hübner nachweist, die große praktische Bedeutung der ideellen Gewere hervor. In Betracht kam vor allem der besonders häufige Fall der gewaltsamen Besitzentziehung. Die Gewere des gewaltsamen Entwerten wurde, wie bemerkt, als weiter fortbestehend betrachtet, obwohl seine Herrschaft tatsächlich gebrochen war.

Um nun der Vorteile dieser Annahme teilhaftig zu werden, lag ihm daher zunächst ob, die Tatsache der gewaltsamen Entwerung nachzuweisen, was mit zwei Zeugen zu geschehen hatte.[29] Daraufhin wurde ihm durch Urteil die ihm entzogene Gewere zugesprochen, indem dem gegenwärtigen Gewereinhaber auferlegt wurde, die Gewere dem Entwerten wieder einzuräumen. Wenn nunmehr der verurteilte Inhaber der leiblichen aber fehlerhaften Gewere, entweder der Dejizient oder ein Rechtsnachfolger, seinerseits eine Berechtigung in Anspruch nahm, so blieb trotzdem auch weiterhin, wie in den Regelfällen, der Vorteil der Beklagtenstellung, der Vorzug zum Beweise, dem Dejizierten gewahrt, obwohl formell er der Kläger war. Freilich stand ihm dieser Vorzug nur innerhalb einer bestimmten Frist zu. Er mußte binnen Jahr und Tag die Klage gegen den Störer seiner Gewere geltend machen, andernfalls verschwieg er sich und die fehlerhafte Gewere des Dejizienten verlor ihren Mangel, sodaß, falls er nun noch von ihm Herausgabe verlangen wollte, der Dejizient und nicht mehr er die Vorteile der Gewere für sich geltend machen konnte, d. h. der Nähere zum Beweise war. Diese zeitliche Begrenzung der Wirksamkeit der ideellen Gewere erklärte sich aus dem Zwecke, dem sie zu dienen hatte, nämlich gewaltsame Störungen der tatsächlichen Besitzverhältnisse so schnell wie möglich zu beseitigen. Wurde nun aber die Klage rechtzeitig erhoben, so schloß ersichtlich die Entscheidung des Gerichts über die vom Entwerten behauptete und unter Beweis gestellte Tatsache der Dejektion, die eine Entscheidung über eine bloße Tatfrage war und den Kläger in die Gewere wieder einzusetzen befahl, lediglich weil er sie inne gehabt hatte, zugleich die Herstellung der richtigen Prozeßlage im Streite um das Recht selbst in sich. Sie stellte sich als ein Zwischenurteil in dem auch hier um das Recht geführten Rechtsstreite dar. Nicht selten wurde ihr in der Weise Folge gegeben, daß eine ihr entsprechende Ausantwortung der Gewere an den Dejizierten vorgenommen wurde, dieser also nicht nur die prozeßualen Vorteile der Gewere erhielt, sondern diese selbst sogleich zurückbekam. Und in vielen Fällen wird damit das Verfahren dann überhaupt seinen Abschluß gefunden haben, nämlich wenn der Dejizient sich nicht in der Lage sah, einen beweisbaren Rechtsgrund für sich in Anspruch zu nehmen. Andernfalls

[29] Hübner: S. 212.

jedoch nahm der Prozeß seinen Fortgang. Schloß der Rechtsstreit mit der auf jenes Zwischenurteil hin erfolgenden Rückgabe der Gewere an den Dejizierten ab, so gewann es den Anschein, als ob überhaupt nur die Tatfrage der Gewereinhabung und der Dejektion zur Entscheidung gestanden hätte; und wurde der Prozeß nach der tatsächlichen Wiedereinsetzung des Entwerten in die Gewere weitergeführt, so schied sich äußerlich das Verfahren in zwei Hälften, in deren erster über die Tatfrage, in deren letzter über die Rechtsfrage geurteilt wurde. Aber in Wirklichkeit handelte es sich in jenen Fällen, wo der Prozeß mit der auf das Restitutionsurteil erfolgenden Rückgabe schloß, nur um unvollendete Prozesse, die in einem Vorstadium, das den Besitz während des Prozesses betraf, liegen geblieben waren,[30] und in den andern, wo sich an die Rückgabe der weitere Rechtsstreit anschloß, um ein einheitliches Verfahren, in dem zunächst nur die Parteirolle festgestellt worden war; genau so wie wenn eine tatsächliche Rückgabe nicht stattfand, sondern ohne eine solche, nur in der durch das Zwischenurteil herbeigeführten Parteistellung, weiter verhandelt wurde. Immerhin war in jenen Fällen das deutsche Recht schon nahe an die Einführung eines eigenen Besitzschutzverfahrens herangekommen, eines Verfahrens, wie es das römische Recht in seinen possessorischen Interdikten ausgebildet hat, durch das lediglich die Besitzfrage geregelt und der entzogene Besitz wieder hergestellt wird, jede Erörterung über das Recht zum Besitz aber mit bewußter Absicht einem eigenen Rechtsverfahren überlassen bleibt. Dieses Ergebnis hat im deutschen Recht erst der Einfluß des fremden Rechts bewirkt.[31]

Die übrigen Fälle der ideellen Gewere sollen hier nicht besprochen werden. Ich verweise auf die diesbezüglichen Ausführungen Hübners.

2. Offensivwirkung: Während für die Besprechung der Defensivwirkung die leibliche Gewere den Ausgangspunkt bildet, haben wir bei der Offensivwirkung von der ideellen Gewere — denn der die tatsächliche Herrschaft mangelnde Inhaber der ideellen Gewere will sich ja durch seine „Offensive" dieser bemächtigen — auszugehen.

Es konnte z. B. der Entwerte versuchen, sich eigenmächtig wieder in den Besitz des Grundstückes zu setzen, denn ihm gegenüber hatte, wie schon erklärt wurde, die auf Rechtsbruch beruhende Gewere des Störers keinen Anspruch auf Schutz. Mißlang das oder war es von vorneherein nicht möglich und erhob nun der Entwerte Klage auf Wiederherstellung seiner Gewere, so verschaffte ihm seine als fortdauernd angenommene ideelle

---

[30] Laband: a. a. O. S. 189.

[31] Hübner: S. 213.

Gewere den Vorzug, die Störung zu beweisen und damit die gerichtliche Wiederherstellung seiner Gewere, die Rückverwandlung der ideellen in eine leibliche Gewere zu erhalten.[32]

Aehnlich gestaltete sich der Angriff in den übrigen Fällen der ideellen Gewere. So konnte derjenige, dem durch Auflassung, Gerichtsurteil oder Erbfall die ideelle Gewere zugefallen war, gleichfalls zunächst versuchen, sich eigenmächtig des Gutes zu bemächtigen. Wurde er daran durch den Inhaber der leiblichen Gewere verhindert, so konnte er, wenn ihm wirklich die Gewere durch Urteil zugesprochen oder durch gerichtliche Auflassung erteilt war, sogleich gerichtliche Besitzeinweisung im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen; im übrigen hatte er gegen den Inhaber Klage zu erheben, aber auch hier wieder, weil er sich eben auf die ideelle Gewere berufen konnte, in der beweisrechtlich bevorzugten Stellung des Gewereinhabers.[33] Fand also, um wieder zu einem Beispiele Hübners zu greifen, z. B. der Erbe das Gut in den Händen eines Dritten, so strengte er gegen diesen auf Grund seiner ideellen Gewere (Erbengewere) die Klage an, wobei er sofort in der Lage war, den Beweis für seine Erbeigenschaft erbringen zu dürfen. Mit dem erbrachten Beweise war die leibliche Gewere des Dritten gebrochen; nur falls der Dritte demgegenüber einen selbständigen Rechtsgrund anzugeben vermochte, z. B. daß er das streitige Gut vom Erblasser vor dessen Tode gekauft habe, drang die ideelle Gewere nicht durch, denn hier erwies sich das Recht des Inhabers als das ältere und darum das bessere.

Was für die ideelle Gewere gilt kann auch auf die mehrfache und ruhende Gewere angewendet werden. So vermochte die Eigengewere die von ihr unabhängige ledigliche Gewere (Nutzungsgewere) zu brechen. Das Gut war z. B. vom Eigentümer einem Bauern gegen Zins zu lebenslänglichem Nießbrauch verliehen: nach dem Tode des Bauern blieb dessen Erbe darauf sitzen und weigerte die Herausgabe. Oder es handelte sich um eine Leihe auf Zeit und trotz des Zeitablaufes erfolgte keine Rückgabe. Auch hier stand, wenn der Eigentümer auf Grund seiner Eigengewere gegen den tatsächlichen Inhaber Klage erhob, der Beweisvorzug beim Kläger, denn die leibliche Gewere des Beklagten war zu einer unrechtmäßigen geworden. Auch wenn der Eigentümer lediglich eine ruhende Gewere besaß, weil er z. B. keinen Zins empfing, verhielt es sich nicht anders. Sollte die Gewere des Eigentümers, der ein Gut gegen Zins ausgeliehen, oder des Pfandschuldners, der einem Gläubiger an einer Liegenschaft eine Satzungsgewere eingeräumt hatte, etwa dadurch gekränkt worden sein, daß der Inhaber der unmittelbaren Gewere, der Zinsbauer,

---

[32] Hübner: S. 215.

[33] Hübner: S. 215.

der Pfandinhaber, das Gut einem Dritten weiterveräußert oder weiterverpfändet hatte, so konnte der Inhaber der übergeordneten Gewere, der Eigentümer, die Offensivkraft seiner Eigengewere auch gegen jeden dritten Inhaber des Gutes kehren und dessen Sachherrschaft brechen. Denn dann griff wieder die Wirkung der öffentlichen Begründung aller Rechtsverhältnisse an Liegenschaften ein. Da die Leihe, die Pfandsatzung in einem öffentlichen Akt vollzogen war, wußte man in der Genossenschaft und im ganzen Gerichtskreis sehr wohl, wer als Eigentümer und wer als Zinsmann oder Pfandgläubiger auf einem Gute saß, und wenn man es nicht wußte, konnte man es überall erfahren.[34] Die leibliche Gewere auch des Dritten war daher fehlerhaft, ihr fehlte das eine wesentliche Erfordernis der Gewere, die Möglichkeit der Behauptung eines objektiv vorhandenen dinglichen Rechts, und darum mußte sie der fehlerfreien Gewere des Eigentümers weichen. Dabei machte es keinen Unterschied, ob diese Gewere des Eigentümers eine sichtbare oder nur eine ruhende oder anwartschaftliche war.[35]

3. Translativwirkung: Es gab im mittelalterlichen Recht kein dingliches Recht an Liegenschaften, das nicht in einer Gewere Ausdruck fand.[36] Demzufolge mußte notwendigerweise jedes dieser Rechte die Form der Uebertragung einer Gewere annehmen. Die Gewere war, die notwendige Voraussetzung und die ausreichende Legitimation zur Uebertragung aller Liegenschaftsrechte.[37] Auch die Erbengewere konnte nur unter der Voraussetzung entstehen, daß der Erblasser Gewere an der Liegenschaft hatte. Die Fähigkeit, das ihr zugrunde liegende Recht ihrem Erwerber zu übertragen, besaß im gleichen Maße wie die leibliche auch die ideelle, ebenso die ruhende und die anwartschaftliche Gewere.[38] Da nun diese aber der tatsächlichen Herrschaft nicht teilhaftig waren, konnte diese auch durch ihre Uebertragung dem Erwerber nicht zufallen. Das in diesen Formen verkörperte Recht (Bemächtigung des durch Auflassung zugesprochenen Gutes, Anspruch auf Ueberweisung der gerichtlich zugesprochenen Gewere und Anspruch auf Ueberlassung der durch Erbanfall zugefallenen Gewere) aber, fiel dem Erwerber zu, sodaß auch für ihn durch die Uebertragung eine ideelle, ruhende oder anwartschaftliche Gewere entstand, die für ihn dieselben Wirkungen äußerte, die sie zugunsten des Uebertragenden in sich geschlossen hatte.[39] Eine übertragene mangelhafte Gewere endlich behielt

---

[34] Hübner: S. 216.
[35] Hübner: S. 216.
[36] Huber: S. 12.
[37] Hübner: S. 216.
[38] Hübner: S. 216.
[39] Hübner: S. 217.

auch in der Hand des Erwerbers diesen Mangel. Letzterer aber hatte auch für den neuen Inhaber erst dann Bedeutung, wenn ein besser Berechtigter diese mangelhafte Gewere angriff. Bis dahin sprach, wie vorher für den Uebertragenden, so nunmehr für den Erwerber der Schein des Rechts und bis zur Geltendmachung des Mangels wurde auch er von der Rechtsordnung als Inhaber des in der Gewere scheinbar verkörperten Rechts Dritten geschützt. Unter gewissen Voraussetzungen konnte sich dieser Rechtsschein in wirkliches Recht umwandeln. Dies ist der Fall bei der nun anschließend noch zu behandelnden dritten Art liegenschaftlicher Gewere: der rechten Gewere.

d) Die rechte Gewere

Mit Sohm führt Hübner das Entstehen der rechten Gewere auf die fränkische missio in bannum regis, wie sie bei der fränkischen Zwangsvollstreckung in Liegenschaften zur Anwendung kam, zurück.[40] Gleich wie bei dieser, dem Verurteilten eine Jahresfrist offen gelassen wurde, um sein Gut aus der königlichen Gewalt zu ziehen, nach Ablauf der Frist aber die vorläufige Fronung sich in eine endgültige Konfiskation verwandelte, so war mit der vom Richter vollzogenen Auflassung die Aufforderung verbunden, etwaige Ansprüche auf das Gut innerhalb einer bestimmten Zeit bei Gefahr der Verschweigung geltend zu machen. Seitens der im Gericht Anwesenden mußte dies sofort geschehen, seitens anderer innerhalb der Frist von Jahr und Tag, d. h. innerhalb des von drei echten und drei gebotenen Dingen ausgefüllten Zeitraumes (1 Jahr 6 Wochen und drei Tage). Ansprüche, die in dieser Zeit nicht erhoben wurden, waren damit präkludiert, während man ohne die gerichtliche Auflassung und Bannlegung die Ansprüche meistens erst nach 30 Jahren verjähren ließ. Wer nun nach einem solchen richterlichen Aufgebot Jahr und Tag in unangefochtener Gewere geblieben war, hatte damit die rechte Gewere erlangt.[41] Wurde nun doch noch ein Angriff auf seine Gewere gemacht, so brauchte er nur der Klage die Tatsache seines einjährigen unangefochtenen Besitzes entgegenzuhalten und einem etwaigen Bestreiten des Gegners gegenüber diesen zu beweisen, d. h. er brauchte sich auf eine Erörterung des Rechts überhaupt nicht einzulassen, er konnte die Antwort auf die Klage verweigern.[42]

---

[40] Hübner: S. 218.

[41] Ssp. II, 44 § 1: Svelk gut en man in geweren hevet jar unde dach ane rechte wedersprake, die hevet dar an ene rechte gewere.

[42] Hübner: S. 219.

§ 3 Die Rechtsgewere

Das mittelalterliche Recht hat nicht nur die Grundstücke selbst, sondern auch die an ihnen bestehenden Rechte sowie alle sonstigen selbständigen liegenschaftlichen Gerechtigkeiten als unkörperliche Sachen dem Liegenschaftsrecht unterstellt.[43] Die Folge davon war, daß man an ihnen auch eine Rechtsgewere, die in jeder Beziehung den Grundsätzen der Sachgewere folgte und daher wie diese als leibliche und ideelle, als Lehens-, Zins-, Satzungsgewere usw., als rechte Gewere erscheinen konnte, annahm.[44] Praktisch machte es keinen Unterschied, ob man dem Inhaber des dinglichen Rechts, z. B. dem Zinsempfänger, eine Gewere an der Zinsberechtigung oder eine in dieser Berechtigung sich äußernde Gewere am Gut, von dem der Zins zu entrichten war, beilegt. Nach Hübner faßte man überall da, wo die Gewere eine Inhabung der Liegnschaft selbst in sich schloß, diese Berechtigung als eine Sachgewere auf, während man in den übrigen Fällen der dinglichen Rechte mit Vorliebe von einer Gewere an ihnen, nicht an der Sache sprach: so bei Zins-, Renten-, Reallastberechtigungen, Grundgerechtigkeiten usw. Selbständige Bedeutung erhielt der Begriff der Rechtsgewere für die selbständigen liegenschaftlichen Gerechtsame privat- und öffentlichrechtlicher Art, die sich zwar auch auf das räumliche Gebiet eines bestimmt begrenzten Bezirks erstreckten, dagegen sich nicht als unmittelbare Nutzungen aus ihm darstellten, so für die nutzbaren Regalien, Zwangs- und Bannrechte. Amtsgerechtsame, politische Vorrechte, überhaupt alle Rechte, die Gegenstand der Belehnung sein konnten.[45]

§ 4 Die Fahrnisgewere

Begrifflich ist die Fahrnisgewere von der Gewere an Liegenschaften nicht zu unterscheiden; denn sie bedeutet hier wie dort tatsächliche Herrschaft. Diese Sachherrschaft mußte jedoch bei Mobilien unter allen Umständen mit der Innehabung zusammenfallen. Denn anders als bei Grundstücken war eine die tatsächliche Innehabung entbehrende wirtschaftliche Nutzung von Fahrnisgegenständen nicht wohl möglich. Daher konnte die Fahrnisgewere nur durch leibliche Ergreifung der Sache zur Entstehung gelangen und sie mußte durch den Verlust oder Weggabe endigen.[46] So ergab sich als wichtiger Unterschied zwischen dem

---

[43] Hübner: S. 176 ff.

[44] Hübner: S. 220.

[45] Hübner: S. 220.

[46] Gierke: PrR II, S. 193 . . . Die Fahrnisgewere ist durchaus an das Körperliche gebunden.

Fahrnis- und Liegenschaftsrecht, daß eine mehrfache Gewere an Mobilien nicht bestehen konnte, denn die tatsächliche Sachherrschaft im Sinne von Innehabung vermochte hier immer nur eine Person auszuüben. Und so konnte es hier weiter auch keine ideelle Gewere, sowenig wie eine ruhende oder anwartschaftliche geben: wer die tatsächliche Sachherrschaft verloren oder noch nicht erlangt hatte, konnte die Wirkungen der Gewere nicht für sich geltend machen.[47] Die im mittelalterlichen Recht durch den Satz „Hand muß Hand wahren" hiervon gemachte Ausnahme, bestätigt wie anschließend zu zeigen ist, lediglich die Regel. Auch für die rechte Gewere war im Fahrnisrecht kein Platz,[48] denn sie setzte ja ursprünglich eine auf Grund gerichtlicher Auflassung entstandene Gewere voraus; gerichtliche Auflassung aber konnte bei Fahrnisgegenständen nicht an Stelle der leiblichen Uebergabe eine Gewere begründen. Nur die eben erwähnte Ausnahme vom Satz, daß Verlust der Sachherrschaft Verlust der Gewerewirkungen bedeutete, vermochte, wie sich ergeben wird, für bestimmte Fälle im Fahrnisrecht Wirkungen zu erzeugen, die denen der rechten Gewere gleichstanden. Der Satz endlich, daß jedes dingliche Recht in der Form einer Gewere zur Erscheinung kommen müsse und nur in ihr übertragen werden könne, die genannte Translativwirkung der Gewere, galt auch im Fahrnisrecht. Nur wurde er im Fahrnisrecht strenger festgehalten als dies bei der liegenschaftlichen Gewere der Fall war. Denn während in diesem die öffentlich bekundeten Akte der Auflassung und des Bucheintrages mit der Kraft der Rechtsübertragung ausgestattet wurden, ohne daß außerdem die Einräumung der leiblichen Gewere erforderlich gewesen wäre, blieb gerade diese im Fahrnisrecht die notwendige Voraussetzung der Rechtsübertragung. Dies konnte sich also hier nur im Wechsel der sinnlich wahrnehmbaren körperlichen Innehabung vollziehen.[49] Im Fahrnisrecht war mithin die Gewere in der Bedeutung von Innehabung in noch strengerem Sinne als im Liegenschaftsrecht die ausschließlich erforderliche, aber unter allen Umständen auch ausreichende Form der dinglichen Berechtigung an der Sache; sie wurde hier nicht, wie das im Liegenschaftsrecht durch die Ausbildung des Grundbuchwesens geschah, durch eine öffentliche und amtlich beurkundete Begründungsform ersetzt und verdrängt.[50]

Wirkungen der Fahrnisgewere:

Bei der Besprechung der Liegenschaftsgewere (§ 2) wurde ausgeführt, daß der Rechtsschutz den diese genoß, sich im Liegen-

---

[47] Hübner: S. 431.

[48] Hübner: S. 431.

[49] Gierke: PrR II, S. 207.

[50] Hübner: S. 431.

schaftsrecht nicht nur zugunsten des Inhabers einer leiblichen Gewere, der in seiner unmittelbaren Sachherrschaft durch widerrechtliche Handlungen eines Dritten gestört wurde, sondern auch zugunsten des Inhabers einer ideellen, einer ruhenden, einer anwartschaftlichen Gewere, sich auswirkte. Wenn es sich also z. B. um eine gewaltsame Dejektion handelte, oder wenn der Zinsmann durch widerrechtliche Verfügungen die ihm übergeordnete Eigengewere des Zinsherrn kränkte, bewährte die entzogene oder verletzte Gewere ihre Defensiv- und Offensivkraft. Sie ermöglichte kraft der ihr durch den öffentlichen Begründungsakt verliehenen Publizitätsfunktion die Wiedererlangung des Grundstücks gegenüber jedem Dritten ohne Unterschied, ob es der gegenwärtige Inhaber auf Grund einer widerrechtlichen Entwerung des Eigentümers oder des von ihm Beliehenen erworben hatte oder ob es auf Grund einer widerrechtlichen Handlung des Beliehenen in seine Hände gekommen war.

Anders das germanische Fahrnisrecht. Es hat seit ältester Zeit scharf die beiden Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes und der freiwilligen Hingabe der Sachen unterschieden und nur im letzteren Falle die allgemeinen Grundsätze der Gewere zur Anwendung gebracht.[51] Damit aber stoßen wir auf den Satz: „Hand muß Hand wahren."

1. Freiwilliger Besitzverlust: Wer eine bewegliche Sache einem andern in die Hand gab, entäußerte sich damit seiner Gewere. Er gab jedoch nur im Falle der Uebereignung, nicht aber wenn er sie dem andern lieh oder sonst anvertraute, sein Recht an der Gewehre ganz auf. Denn er gab hier die Sache nur unter einer Bedingung, einem Rückfallsgeding,[52] aus der Hand. Je nach dem Inhalt dieses Gedinges war der andere ihm gegenüber verpflichtet, z. B. zur Rückgabe der geliehenen Sache an einem bestimmten Termin, und die Klage wurde dann mit der Behauptung begründet, daß die Zeit abgelaufen sei, daß der Beklagte die Sache über den verabredeten Termin hinaus innehabe. Aber nur dieser andere, der Vertragsgegner, hatte sich durch das Gedinge der Rechtsmacht des Eigentümers unterworfen. Nur ihm konnte also der Eigentümer die Rückgabe der Sache, die Rückübertragung der Gewere, verlangen. Nicht konnte er es von einem Dritten, an den möglicherweise inzwischen die Sache gelangt war. Hatte also z. B. der Vertragsgegner die Sache an einen Dritten verkauft, oder hatte ein Dritter sie dem Vertrauensmann gestohlen, so war der Eigentümer diesem Dritten gegenüber macht- und schutzlos. Immer nur gegen den Vertrauensmann konnte er auf Grund des allein mit ihm abgeschlossenen Gedinges vorgehen, an ihn mußte

[51] Hübner: S. 435.

[52] Hübner: S. 435.

er sich halten; von ihm konnte er möglicherweise Schadenersatz verlangen, aber die Sache bekam er nicht wieder.[53]

Diese dem mittelalterlichen deutschen Sachenrecht eigentümliche Beschränkung der Fahrnisklage war eine notwendige Folge der das Gewererecht beherrschenden Grundsätze, die an diesem Punkt zu einer tiefgreifenden Verschiedenheit zwischen Liegenschafts- und Fahrnisrecht führen mußten.[54] Denn wer z. B. eine Liegenschaft an einen Zinsbauern auslieh, behielt ja trotzdem die Eigengewere, die er daher auch gegen jeden Dritten geltend machen konnte. Wer aber eine bewegliche Sache fortgab, der nahm damit seinem Recht an der Sache, das in der Gewere den sinnlichen Ausdruck fand, ohne den es zu wirken nicht vermocht, die Publizitätsform und damit die Verfolgbarkeit gegen Dritte.[55] Weil also mit der freiwilligen Fortgabe der Sache die Gewere des bisherigen Inhabers, in unserem Falle die des Eigentümers, erloschen war, so hatte, wenn dem Vertrauensmann die Sache entwendet wurde, nicht mehr der Eigentümer, sondern nur noch der Vertrauensmann gegen den Dritten die dem Bestohlenen zustehende Klage auf Rückgabe und Diebstahlsbuße. Und wenn der Vertrauensmann die Sache unbefugt veräußerte oder verpfändete, so konnte sie der Eigentümer dem Erwerber oder Pfandnehmer oder späteren Nachmännern nicht abfordern, sondern er vermochte sich nur an den Vertrauensmann selbst zu wenden. Wie die Sache aus der Gewere des Vertrauensmanns heraus —, und ebenso wie sie in die Gewere des Dritten hineingekommen war, ob sie jenem gestohlen oder von jenem entäußert war, und ob sie dieser in Kenntnis der vorgekommenen Widerrechtlichkeit oder ohne solche Kenntnis erlangt hatte, blieb völlig unberücksichtigt.[56]

Mit guten Gründen bezeichnet m. E. Hübner diesen Grundsatz als gemeingermanisch. Er fand sich schon in den ältern Volksrechten,[57] dann aber wurde er hauptsächlich in den Quellen der

---

[53] Hübner: S. 435.

[54] Hübner: S. 435.

[55] Schultze: Gerüfte und Marktkauf, S. 3.

[56] Hübner: S. 436.

[57] Liutpr. 131: Si quis commendaverit res suas in cuiuscumque casam . . . et contegerit ut adveniens fur res ipsas furaverit . . . : nos ita statuimus . . . , ut qui res alienas comendatas susceperent, et eas perdederit, restituat res ipsas cui fuerent; et si postea ipse furtus inventus fuerit, ei conponat ipse fur, de cuius casam ipsas res rapuit aut furavit. Quia ideo hoc prospeximus, quoniam, si illi conponatispsum furtum, cui res ipsas fuerit, postea ille cuius casam rupit, querat ei raptura casae suae, et non possumus in unam causam duas calomnias inponere. Ideoque sic nobis iustum fuit, ut ille qui res suas comendavit, recepiat eas ab ipso, de cuius casa perierunt, et ipse de cuius casam perierunt aut ipsum furtum exivit, querat ad ipsum furonem conpositionem, et tollat sicut lex est.

Rechtsbücherzeit unter ausdrücklicher Hervorhebung jener beiden Forderungen an zahlreichen Stellen scharf und unmißverständlich ausgesprochen.[58] Vielfach wurde er in rechtssprichwörtliche Form gekleidet: Hand muß Hand wahren, d. h. die Hand, in die man die Gewere gelegt hat, muß die Gewährschaft für die Rückgabe übernehmen, aber nur sie allein. Oder: Wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn suchen.

2. Unfreiwilliger Besitzverlust: Auch demjenigen, dem eine bewegliche Sache wider seinen Willen abhanden kam, verlor die Gewere an ihr (Diebstahl, Raub). Dem unfreiwilligen Besitzverlust im mittelalterlichen Fahrnisrecht konnte nun je nach Art des Verlustes durch verschiedene Verfahren (Verfahren auf handhafter Tat, Klage um Diebstahl oder Raub, Spurfolgeverfahren und Verfahren mit Anefang), entgegengetreten werden. Durch diese Verfolgungsmittel wurde, ausgenommen einige Sonderfälle (z. B. Kauf auf offenem Markt, Judenkauf), der Satz: Hand muß Hand wahren, ausgeschlossen und die Regeln des Gewererechtes für diese Art Besitzverlust nicht angewendet. Die Verfolgbarkeit der abhanden gekommenen Sachen stand hier vielmehr im Gegensatz zu dem das Gewererecht beherrschenden Publizitätsgedanken: trotz des Fehlens des mit der Gewere verloren gegangenen und anderweitig nicht ersetzten Publizitätsmittel gab es hier dennoch eine Klage gegen den Dritten.[59] Die Ursache dieser Sonderstellung erblickt Hübner mit Schultze nur im Bruche des Rechtsfriedens, der durch die Entziehung der Gewere bewirkt worden war und der nicht nur strafrechtlich gesühnt, sondern auch privatrechtlich geheilt werden sollte. Aus Rücksicht auf die Aufrechterhaltung der Offenkundigkeit ergab sich die vom Standpunkt des Gewererechts aus prinzipwidrige Zulassung der Fahrnisklage im Falle der widerrechtlichen Entziehung der Gewere.[60]

§ 5 Zusammenfassung

Die im einleitenden Teil dieser Arbeit hervorgehobenen wichtigsten Züge des mittelalterlichen Gewererechts lassen erkennen, daß in der Tat die Gewere ein Institut von allgemein umfassender

---

[58] Ssp. II, 60 § 1: Svelk man enen anderen liet oder sat perde, oder en kleid, oder ienergerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder verrat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet: jene die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte.

[59] Schultze: Gerüfte und Marktkauf, S. 56.

[60] Hübner: S. 443.

Bedeutung war. Dabei ist hervorzuheben, daß sowohl die Gewere an Liegenschaften als auch die Mobiliargewere auf den gleichen Grundlagen ruhten, wenn auch die Ausgestaltung im einzelnen verschieden war und gerade in dieser Verschiedenheit der dem Mittelalter wesentliche Gegensatz von Liegenschafts- und Fahrnisrecht sich äußerte.[61] Die Gewere, die nur der Aufgabe willen, die sie zu erfüllen hatte, mit der römischen possessio und dem modernen Besitzbegriff in Parallele zu stellen ist, obwohl sie sich von beiden unterscheidet, war die Gestalt, unter der das dingliche Recht verteidigt, erobert und übertragen wurde; es gab kein dingliches Recht, das nicht in einer Gewere darstellbar gewesen wäre, und jedes dingliche Recht wurde nur in der Gestalt einer Gewere anerkannt.[62] Sie war, wie Hübner feststellt, weder bloß tatsächliche Herrschaft, noch etwa der dem Eigentum entsprechende, vom Recht um des Eigentumswillen geschützte Tatbestand; sie war weder Recht auf Besitz, noch auch, wie Albrecht meinte, das dingliche Recht selbst. Sondern sie war ein Formalbegriff: ihre wichtigste Funktion bestand darin, als formale Legitimation zur Geltendmachung des dinglichen Rechts zu dienen, das in ihr vermutet wurde, auf das zurückgreifen aber nur dann erforderlich war, wenn man es in Zweifel zog.[63]

Es stellt sich nun die Frage, was ist denn schließlich das Ergebnis für das heutige Recht? Ist von der mittelalterlichen Gewere noch irgend ein Faktor übrig geblieben, der für die heutige Besitzeslehre fruchtbringend gewirkt hat, oder ist das römische Recht zur Alleinherrschaft gelangt?

Es wäre gewiß ebenso falsch wie unwissenschaftlich, ein Rechtsinstitut wie die Besitzlehre des ZGB., das in seinen Grundprinzipien römisch ist, durch Festhalten einzelner, allerdings auch auf ein festes Rechtsgebilde zurückgreifende deutsche Rechtsgedanken, seiner einheitlichen Gestaltung zu berauben, oder anderseits einen auf Umwegen auf deutschen Rechtsboden gelangten Begriff, der hier ganz sicher nicht unbeeinflußt aus dem Ringen um die Macht als Sieger hervorging, als ausschließlich römisch zu bezeichnen. Ein Beitrag, den dem deutschrechtlichen Gewereinstitut gebührenden Einfluß auf die Besitzeslehre des ZGB. anzuerkennen, sollen die folgenden Ausführungen dieser Arbeit sein.

---

[61] Hübner: S. 431.

[62] Huber: S. 20.

[63] Hübner: S. 221.

ZWEITER UND SPEZIELLER TEIL

Der Einfluß des Gewereinstitutes auf die Besitzeslehre des Schweiz. ZGB.

Vorbemerkung

Sollen nun im folgenden die Einflüsse des alten Gewereinstitutes auf die Besitzeslehre des ZGB. in ihren Hauptpunkten hervorgehoben werden, so ist vorerst zu bemerken, daß durch die Reception die germanische Zweiung von Liegenschafts- und Fahrnisrecht grundsätzlich ihr Ende erreichte. Das römische Besitzesrecht galt gleichmäßig für alle Arten von Sachen und das wurde auch die Regel in unserer Privatrechtsordnung. Allerdings nicht zu einer ebenso ausnahmslosen wie im römischen Recht. Dies wurde insbesondere durch die Ausbildung des Grundbuchwesens auf dem Gebiete des Liegenschaftsrechtes verhindert. Das bewirkte, daß sowohl die Form des Besitzes als auch die Schutzwirkungen desselben im Liegenschafts und im Fahrnisrecht teilweise verschieden blieben: eine wichtige Nachwirkung des alten Gewererechtes.

Wenn nun aber das ZGB. Grundbuch und Besitz in der dritten Abteilung des Sachenrechtes doch zusammenfaßt, so bedeutet dies nur einen weitern Anschluß an das deutschrechtliche Institut. Besitz und Grundbuch sind im heutigen Recht die Form des dinglichen Rechtes.[1] Wie sich Besitz und Grundbuch gemeinsam aus der Gewere herausgebildet haben, so sollen sie heute auch gemeinsam der Erkennbarkeit des Rechtes dienen, heute, in einer Zeit, da die Verkehrsbedürfnisse verlangen, daß womöglich überall zwischen der rechtlichen und tatsächlichen Herrschaft über die Sache Uebereinstimmung herrscht. Dem Besitz bei Fahrnis entspricht der Eintrag bei den Grundstücken: der Eintrag ist die

[1] So Wieland: S. 488.

äußere, sich Dritten kundgebende Erscheinungsform des dinglichen Rechtes am Grundstück; es bedarf regelmäßig zur rechtsgeschäftlichen Entstehung des Rechts des Grundbucheintrages; aus dem Eintrag wird das Recht vermutet; das Recht wird vom gutgläubig sich auf den Eintrag berufenden Erwerber erworben, auch wenn es dem Veräußerer nicht zustand. Das Publizitätsprinzip zeigt sich bei Grundstücken im Grundbucheintrag wie bei Fahrnis im Besitz.[2] Das ZGB. hat, wie zu erörtern sein wird, die Publizitätswirkungen in ganz besonderem Maße für das Fahrnisrecht ausgebildet.

I. KAPITEL

Begriff und Arten des Besitzes

§ 6 Der Besitzbegriff im ZGB. (ZGB 919[1])

Art. 919[1]: „Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer."

Diese Besitzbegriffumschreibung, wonach, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ihr Besitzer ist, stimmt mit dem römisch-rechtlichen Besitzbegriff insofern überein, als sie auf die tatsächliche Gewalt der Person über die Sache abstellt. Nicht also wie es im deutschen Mittelalter der Fall war, wo jedes von der Rechtsordnung als formale Sachherrschaft anerkannte Verhältnis der Person zur Sache, wo tatsächliche Herrschaft, wörtlich verstanden, nicht absolut erforderlich war, als den Begriff der Gewere erfüllend bezeichnet wurde. Allerdings blickt auch das deutsche Recht zunächst auf die tatsächliche Herrschaft und schreibt dem die Gewere zu, der sich durch Machtausübung als Herr der Sache erweist (S. 6). Der Umstand aber, daß schon frühzeitig der Begriff der Gewere neben dem tatsächlichen Momente das der rechtlichen Beziehung zur Sache in sich aufsog — und so die Gewere in die äußere Erscheinungsform einer dinglichen Berechtigung verwandelte — scheint mir das Argument zu widerlegen, mit welchem man gelegentlich bei der Bezeichnung des Besitzbegriffes in Art. 919[1] als absolut deutschrechtlich, dem römischen Begriffe entgegentritt, daß der deutsche Begriff auf das bloß tatsächliche Moment abgestellt habe. Was schon anderweitig gesagt wurde, sei hier nochmals unterstrichen: die Gewere ist das Kleid des Sachenrechtes; sie ist die äußere Form, hinter

[2] Ostertag: S. 10, N. 34.

der der innere Gehalt des Rechts so lange zurücktritt, bis sie sich bei einem Widerspruche als unberechtigter Schein erweist (Defensivwirkung der Gewere, S. 19 ff.).

Es wäre nun aber anderseits dem deutschen Recht ein schlechter Dienst erwiesen, wenn schlechterdings behauptet würde, der deutschrechtliche Gedanke sei dem Art. 919[1] fern geblieben und er sei rein römischrechtlich, weil die deutschrechtliche Gewere nicht ein tatsächliches Moment im Sinne des ZGB. verlangt — über welchen Punkt man streiten kann — sondern eine, wenn der Ausdruck gebraucht werden darf, bloß indirekte Tatsächlichkeit. Der Besitzbegriff darf als dem römischen Recht entsprungen bezeichnet werden, mit der Einschränkung aber, daß er tiefgreifende Wandlungen, die größten Teils eine Annäherung an das im Stillen immer wirksam gebliebene System der Gewere bedeuten, erfahren hat. Es ist eine Anlehnung an das deutschrechtliche Institut in dem Sinne, daß der animus als selbständiges Begriffsmerkmal entfernt und nur die äußere Erscheinung der tatsächlichen Sachherrschaft hervorgehoben wird. Das will allerdings nicht sagen, daß damit das Willenselement eo ipso gestrichen worden sei.

So haben wir denn im ZGB. eine Begriffsbestimmung, die davon Zeugnis ablegt, daß sehr wohl zwei Rechtssphären ungestört weiterleben und eine überaus befriedigende Regelung gebracht haben.

§ 7 Der Rechtsbesitz des Art. 919[2]

Art. 919[2]: „Dem Sachbesitz wird bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten die tatsächliche Ausübung des Rechtes gleichgestellt."

Bevor auf die Frage, ob die obige Fassung des Art. 919[2], wonach dem Sachbesitz bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten die tatsächliche Ausübung des Rechts gleichgestellt wird, als Rechtsbesitz — welchen Ausdruck das Gesetz zwar nicht braucht — oder bloß als erweiterter Besitzesgegenstand[3] des Sachbesitzes ausgelegt werden dürfe, eingetreten werden kann, soll vorgängig diejenige nach dem Umfange des Rechtsbesitzes im genannten Art. beantwortet werden.

Man kann zweifeln, ob das Gesetz wirklich nur Grunddienstbarkeiten und Grundlasten als besitzfähig erachtet. Nach Art. 781 nämlich können alle Herrschaftsbefugnisse, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit ausmachen, in Form einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit errichtet werden. Ein Wegrecht kann zugunsten einer bestimmten Person bestellt werden. Es handelt sich dabei, genau wie bei Grunddienstbarkeiten, um Herrschaftsrechte,

[3] Homberger: Kommentar Sa R.

die zur Benutzung des fremden Grundstückes in gewissen Beziehungen berechtigen. Auch läßt sich die Ausübung einer solchen persönlichen Dienstbarkeit äußerlich von der tatsächlichen Ausübung einer Grunddienstbarkeit gar nicht unterscheiden, und man kann sich in der Tat fragen, warum diese gleichen tatsächlichen Verhältnisse nich auch gleich behandelt werden sollen. Wieland [4] reiht denn auch die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten unter die besitzfähigen Rechte ein. Er beruft sich auf Art. 781 [3], wonach diese Dienstbarkeiten unter den Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten stehen. Wenn Art. 919 [2] von Grunddienstbarkeiten spricht, so will er darunter alles verstehen, was sonst noch unter ihnen variiert. Nach ihm finden somit auf die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten die Besitzesregeln entsprechende Anwendung. Dieser Ausdehnung des Rechtsbesitzes auf die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten möchte ich, gestützt auf die erwähnte Begründung Wielands, beipflichten.

Auch kann man sich fragen, ob z. B. der Ausübende eines Notwegrechtes (694) Rechtsbesitzer sei, ob also auch der Notwegwegberechtigte die possessorischen Befugnisse für sich beanspruchen könne. Die rechtliche Natur dieses Wegrechtes ist bestritten. Nach Wieland [5] ist das durch Eintrag begründete Notwegrecht keine Dienstbarkeit, sondern eine Eigentumsbeschränkung kraft Nachbarrechts. Dagegen behauptet Schneider, [6] daß hier eine wirkliche Servitut vorliege. Mit Berger [7] halte ich diese letztere Ansicht für richtig. Das Primäre bei diesen Notgerechtigkeiten (Notbrunnen, Notdurchleitungsrechte usw.) ist doch die Berechtigung des Grundstückeigentümers an einem fremden Grundstück. Sie sind also Grundgerechtigkeiten. Nicht ihrem Wesen nach unterscheiden sie sich von jenen, sondern lediglich in ihrer Entstehung. Sie gründen sich auf das Gesetz, jene auf rechtsgeschäftliche Abmachung. Ein Schutzbedürfnis für die tatsächliche Ausübung dieser Notgerechtigkeiten ist vorhanden. Und da im übrigen die Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten auch auf diese Rechte Anwendung finden, so ist die Konstruktion der tatsächlichen Ausübung dieser Rechte als Rechtsbesitz im Sinne des Art. 919 [2] auch mit dem Gesetz im Einklang. [8]

Gestützt auf obige Ausführungen möchte ich die vorgängig gestellte Frage nach dem Umfang des Rechtsbesitzes in Art. 919 [2] in dem Sinne beantworten, daß ich die Umschreibung „Grunddienstbarkeiten und Grundlasten" nicht wörtlich, exclusiv, son-

---

[4] Wieland: S. 491.

[5] Wieland: S. 644.

[6] Schneider: § 140.

[7] Berger: S. 89.

[8] Berger: S. 89.

dern im Gegenteil, in erweitertem Sinne, verstanden haben möchte.

Im allgemeinen Teil (S. 31 ff.) wurde ausgeführt, daß das mittelalterliche Recht nicht nur die Grundstücke selbst, sondern auch die an ihnen bestehenden Rechte sowie alle sonstigen selbständigen liegenschaftlichen Gerechtigkeiten als unkörperliche Sachen dem Liegenschaftsrecht unterstellte und daß daher an ihnen auch eine Rechtsgewere angenommen wurde. Wenn nun alle sogenannt andern Dienstbarkeiten des Art. 781, so oft diese jemandem in bestimmter Hinsicht zum Gebrauch dienen können und an Grundstücken bestellt werden, wie hervorgehoben wurde, unter den Tatbestand des Art. 919[2] fallen, so muß m. E. in Art. 919 von Rechtsbesitz im Sinne einer Anlehnung an deutschrechtliche Gedanken, und nicht bloß von erweitertem Besitzesgegenstand gesprochen werden.

§ 8 Der mehrfache Besitz des Art. 920

Art. 920: „Hat ein Besitzer die Sache einem andern zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht übertragen, so sind beide Besitzer.

Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen, der andere unselbständigen Besitz."

Wir wissen, daß gegensätzlich zur römischrechtlichen Anschauung das mittelalterliche Gewererecht eine mehrfache Gewere kannte. Dabei war der Wille des betreffenden Inhabers einer lediglichen Gewere (Gewere des Zinsbauern, des Vasallen) keineswegs darauf gerichtet, die betreffende Sache wie ein Eigentümer zu besitzen (römischer Besitz); dem mittelalterlichen deutschen Recht genügte vielmehr der Wille, die Sache aus einem rechtlichen Grunde zu beherrschen (S. 10 ff.).

Wenn nun der Art. 920[1] sowohl den Besitzer einer Sache als auch denjenigen, der von ihm die Sache zu einem beschränkten dinglichen oder persönlichen Recht übertragen erhält, als Besitzer anspricht, so besteht kein Zweifel darüber, daß der Gesetzgeber von deutschrechtlichen Ueberlegungen ausgegangen ist.

Nun scheint aber der Absatz 2: „Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen, der andere unselbständigen Besitz" leicht zu falschen Folgerungen zu führen,[9] nämlich daß nur der Eigenbesitzer selbständigen Besitz und jeder andere Besitzer (also z. B. der Mieter eines Stockwerkes seinem Untermieter gegenüber) immer nur unselbständigen Besitz haben. Nach van Kan[10]

[9] So Tuor: S. 317.

[10] Van Kan: Z'schrift f. schweiz. Recht 32, S. 203 ff.

auf dessen Ausführungen hier verwiesen sei, weist nun aber die Entstehung des Art. 920 [2] auf ein anderes Resultat hin. Zwecks Feststellung der Fälle, welche unter den Begriff des selbständigen bezw. unselbständigen Besitzes zu subsumieren sind, wendet er sich m. E. mit Recht nicht an den Absatz 2, sondern an Absatz 1, der zum Resultate führt: daß jeder Besitzer, der die Sache einem andern zu einem beschränkten dinglichen oder persönlichen Rechte übertragen hat, im Verhältnis zu diesem der selbständige, der andere der unselbständige Besitzer ist. Auch Ostertag [11] bezeichnet den Eigenbesitz nur als den häufigsten Fall des selbständigen Besitzes; nur wo das beschränkte dingliche oder persönliche Recht des unselbständigen Besitzer sich direkt vom Eigentümer ableitet, ist der Eigentümer selbständiger Besitzer. Wo aber der unselbständige Besitzer seinen Besitz von einer Zwischenperson ableitet (Untermiete, Verpfändung durch den Nießbraucher, Depositum durch den Pfandgläubiger usw.), ist auch diese Zwischenperson, die nicht Eigentümer ist, im Verhältnis zum unselbständigen Besitzer dessen selbständiger Besitzer, während der Eigentümer (z. B. der Obervermieter) ebenfalls selbständiger Besitzer bleibt. So kann, wie dies bei der mittelalterlichen Gewere der Fall war, am gleichen Objekt ein Besitz über dem andern bestehen. Damit aber glaube ich hervorgehoben zu haben, daß sich der Gesetzgeber mit der Aufnahme des mehrfachen Besitzes in seiner Besitzesregelung einmal mehr auf deutschrechtlichen Boden gestellt hat.

Nun ist das ZGB. sogar noch einen Schritt weiter gegangen. Wie wir gesehen haben (S. 6 ff.), hatte das Gewererecht das Kennzeichen der tatsächlichen Sachherrschaft in der wirtschaftlichen Nutzung gesehen und daher nur bei Liegenschaften die Möglichkeit einer mehrfachen Gewere gekannt, nicht dagegen bei Fahrnis. Im ZGB. aber ist ein mehrfacher Besitz genau in der gleichen Weise wie an Grundstücken so auch an beweglichen Sachen möglich. Dadurch hat es den mittelalterlichen Maßstab der Nutzung im Sinne der Gewere fallen gelassen und ist so zu einer teilweisen Ueberwindung des Gegensatzes von Fahrnis- und Liegenschaftsrecht gelangt.

§ 9 Der Erbenbesitz (Art. 560 [1])

Art. 560 [1]: „Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes."

Den allgemeinen Ausführungen (S. 13) ist zu entnehmen, daß die Gewere des Erblassers im mittelalterlichen Recht unmittelbar auf den Erben überging: der Tote erbt den Lebendigen. In Uebereinstimmung damit möchte ich Art. 560 [1] als dieser deutschrecht-

[11] Art. 920 N. 3.

lichen Auffassung folgend bezeichnen. Die Erben treten in die Erbschaft kraft Gesetzes ein; damit ist ausgesprochen, daß es einer besonderen Tätigkeit der Erben, eines besonderen Rechtsaktes nicht bedarf, um den Erwerb der Erbschaft herbeizuführen. Berufung und Erbfall fallen zusammen, im Gegensatz zum römischen Recht, welches Delatation und Acquisition zeitlich trennte, und die letztere an eine Willenserklärung des Berufenen knüpfte. Die römischrechtliche, ruhende Erbschaft findet demnach im ZGB. keinen Platz. Da die Erbschaft unmittelbar mit dem Tode des Erblassers erworben wird, und ein Erbe, in letzter Linie das Gemeinwesen, immer vorhanden ist, kann zwischen Delatation und Acquisition eine Lücke nicht entstehen. Die Folge davon ist, daß Aneignung einer Erbschaft durch einen Dritten zweifellos Diebstahl wäre.[12] (Vergl. Wirkungen der Erbengewere S. 13.).

Wie beim mehrfachen Besitz hat auch hier das ZGB. den Uebergang des Besitzes durch Erbfall für alle Sachen, nicht bloß für Liegenschaften, anerkannt.

II. KAPITEL

Wirkungen des Besitzes

§ 10 Freiwilliger und unfreiwilliger Besitzesverlust (933, 934 ZGB.)

Art. 933: „Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, ist in seinem Erwerbe auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräußerer ohne jede Ermächtigung zur Uebertragung anvertraut worden war."

Art. 934: „Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt, kann sie während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern.

Ist die Sache öffentlich versteigert oder auf dem Markt oder durch einen Kaufmann, der mit Waren der gleichen Art handelt, übertragen worden, so kann sie dem ersten und jedem spätern gutgläubigen Empfänger nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden."

---

[12] Escher: Vorbemerkungen z. Art. 560 ff. 5.

Die Rückleistung erfolgt im übrigen nach den Vorschriften über die Ansprüche des gutgläubigen Besitzers."

Das ZGB. hat die alten Gedanken von der Publizitätswirkung der Gewere (S. 37) für das Fahrnisrecht wieder zu allgemeiner Geltung erhoben. Es unterscheidet in der dem germanischen Recht entsprechenden Art zwischen unfreiwilligem und freiwilligem Besitzverlust (S. 35 ff.).

Im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes (934) kann derjenige, dem die Sache abhanden gekommen ist, grundsätzlich von jedem Erwerber die Herausgabe verlangen. Nur für Geld, Inhaberpapiere und in öffentlicher Versteigerung oder auf dem Markt erworbenen Sachen wird eine Ausnahme gemacht; Geld und Inhaberpapiere können dem gutgläubigen Erwerber überhaupt nicht abgefordert werden (935), in öffentlicher Versteigerung oder auf dem Markt und vom spezialisierten Kaufmann erworbene Sachen müssen vom Erwerber nur gegen Vergütung des Kaufpreises rückerstattet werden.

Im Falle der freiwilligen Aufgabe des Besitzes, d. h. für die anvertrauten Sachen (933) gilt wieder allgemein die gewererechtliche Regel Hand muß Hand wahren. Dieser Satz (S. 36 ff.) soll nochmals kurz in Erinnerung gerufen werden. Wie wir gesehen haben, führte er dazu, an die Gewere von Fahrnis eine formale Legitimation zur Rechtsübertragung zu knüpfen. Der Dritte, der eine bewegliche Sache durch Uebergabe erhielt, war in seinem Erwerb gesichert, die Sache konnte ihm normaler Weise nicht mehr abgefordert werden, obgleich sein Tradent ein Recht an der Sache nicht hatte. Die Gewere war also der sinnfällige Ausdruck einer Verfügungsmacht über eine Sache (Translativwirkung der Gewere). Einerlei, ob hinter der Gewere wirklich ein Recht zur Verfügung stand, ihr Inhaber hatte den Schein eines solchen Rechtes für sich, und jeder Dritte durfte auf ihn vertrauen. Dieser Schein der Berechtigung wurde objektiv bemessen; es kam nicht darauf an, ob der Erwerber wußte, daß die Verfügungsmacht seines Tradenten nur angemaßt sei und in Wirklichkeit einen Vertrauensbruch darstellte. (Wo du deinen Glauben gelassen hast mußt du ihn suchen.) Die objektive, sinnfällige, jedermann ersichtliche Lage, die durch die Gewere gegeben war, genügte. Damit sind wir auf den Publizitätsgedanken des mittelalterlichen Gewererechts zurückgekommen.

Diesen Publizitätsgedanken finden wir nun, freilich mit der Einschränkung, daß der Erwerber gutgläubig sein müsse, in Art. 933. Auch hier verleiht wie einst im Mittelalter, die Offenkundigkeit dem äußern Tatbestand des Besitzes entscheidende Bedeutung für das innere Recht. Der Eigentümer, der eine bewegliche Sache aus der Hand gibt, bekleidet seinen Vertrauensmann mit dem Schein des Rechts, und dieser Schein genießt als die jeder-

mann erkennbare, kundbare Seite des dinglichen Rechtes Rechtsschutz. Dem Schein kommen die gleichen Wirkungen zu wie dem normalerweise dahinter stehenden Recht. Fehlt einmal das Recht hinter dem Schein, so kann das dem Dritten keine Enttäuschung bereiten. Die Macht der äußern Tatsachen ist stärker als die Macht des innern, nicht zu kundbarer Geltung gebrachten Rechts. Wer einem andern eine Sache anvertraut, gibt die Veranlassung zur Entstehung des Rechtsscheines und muß die Folgen tragen, wenn sich dieser gegen ihn wendet. [13]

Dieser mächtige Grundgedanke des ältern deutschen Rechts, die Publizität, Offenkundigkeit, deren Hauptwurzeln im alten Recht der Fahrnisverfolgung zu suchen sind, hat somit seinen Niederschlag in unserer Besitzeslehre gefunden.

§ 11 Vermutung des Eigentums in Art. 930 und 931

Art. 930: „Vom Besitzer einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer sei.

Für jeden früheren Besitzer besteht die Vermutung, daß er in der Zeit seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei."

Art. 931: „Besitzt jemand eine bewegliche Sache, ohne Eigentümer sein zu wollen, so kann er die Vermutung des Eigentums dessen geltend machen, von dem er sie in gutem Glauben empfangen hat.

Besitzt jemand eine bewegliche Sache mit dem Anspruche eines beschränkten dinglichen oder eines persönlichen Rechtes, so wird der Bestand dieses Rechtes vermutet, er kann aber demjenigen gegenüber, von dem er die Sache erhalten hat, diese Vermutung nicht geltend machen."

Was über die Publizitätsfunktion der Gewere und ihr Einfluß auf die Art. 933 und 934 im vorangehenden Paragraphen ausgeführt wurde gilt ebenso für die Art. 930 und 931. Ich kann mich daher kurz fassen.

Zugunsten des gegenwärtigen Besitzers wird in Art. 930 vermutet, daß er Eigentümer sei und zugunsten eines früheren Besitzers, daß er es während der Dauer seines Besitzes ebenfalls gewesen sei. Damit ist dem Besitzer ähnlich wie einst dem Gewereinhaber ein Beweisvorteil zugesichert, insbesondere dadurch, daß er sich gegenüber der von einem andern erhobenen Eigentumsklage auf die für sein Eigentum sprechende Vermutung berufen kann (932) welche letztere ihm die Waffe der Verteidigung (Defensivwirkung der Gewere) in die Hände gibt.

---

[13] Meyer: S. 94.

Besitzt nun jemand eine bewegliche Sache mit dem Anspruche eines beschränkten dinglichen oder persönlichen Rechtes (931 [2]), so genießt auch er den Vorzug seiner Defensivstellung, nur kann er demjenigen gegenüber, von dem er die Sache erhalten hat, diese Vermutung nicht geltend machen. Hierin tritt die Offensivwirkung der alten Gewere (S. 24 ff.) in erneuter Gestalt auf und zwar greift sie nunmehr im Fahrnisrecht, nicht mehr wie einst im Liegenschaftsrecht Platz.

So hat das ZGB. namentlich hinsichtlich der Wirkungen des Besitzes die Grundsätze über die Gewere, wie sie sich in der Publizitätstheorie offenbaren, voll zur Anerkennung gebracht. Jeder Besitz ist der Ausdruck eines in ihm behaupteten dinglichen Rechtes; darum macht der Besitzer Dritten gegenüber mit der Geltendmachung seines Besitzes auch sein Recht geltend, und aus seinem Besitz wird auch sein Recht vermutet, bis der Gegner beweist, daß diesem als Rechtsform auftretenden Besitz in Wirklichkeit kein Recht zugrunde liegt (930, 931). Der Besitz verschafft die Legitimation zu Verfügungen über das Recht an Fahrnis, darum erwirbt der Erwerber vom Besitzer das Recht, auch wenn dem Besitzer in Wirklichkeit das Verfügungsrecht fehlte, er müßte denn gewußt haben oder haben wissen müssen, daß die aus dem Besitz zu vermutende Verfügungsmacht in Wirklichkeit nicht bestand (933). Das Recht an der beweglichen Sache, das des Besitzes darbt, bleibt heimlich; es muß sich seine Anerkennung gegenüber dem Besitzer erkämpfen (930, 931) und es läuft Gefahr infolge von Verfügungen des dazu nicht berechtigten Besitzers seine dingliche Wirksamkeit gegenüber Dritten zu verlieren. [14]

§ 12 Der Besitzesschutz, insbesondere die Einrede eines besseren Rechts in Art. 927 [2]

Art. 927: „Wer einem andern eine Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen hat, ist verpflichtet sie zurückzugeben, auch wenn er ein besseres Recht auf die Sache behauptet.

Wenn der Beklagte sofort ein besseres Recht nachweist und auf Grund desselben dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte, so kann er die Rückgabe verweigern.

Die Klage geht auf Rückgabe der Sache und Schadenersatz."

Während das römische Recht mit der possessio in erster Linie den Anspruch auf vorläufigen Schutz gegen fremde Eingriffe schuf und zu diesem Zwecke die selbständigen possessorischen

[14] Ostertag: Vorbemerkungen: z. 24. Titel, N. 7.

Interdikte ausbildete, sind diese letzteren dem deutschen Rechte nicht bekannt gewesen. Der Grund, daß das deutsche Recht zu keiner Ausbildung von Besitzesschutzklagen gelangte, liegt in der damaligen Auffassung des Besitzes, d. h. der mit der Gewere zusammenhängenden Fragen nach dem hinter dieser stehenden Rechte. In jedem Besitzesstreite wurde zugleich auch die Frage des Rechtes erhoben (S. 19 ff.). Diese Tatsache hängt eng mit der Frage der Rechtsvermutung und der mit dieser verbundenen germanisch-rechtlichen Prozeßlage zusammen. Wer als Gewereinhaber auftritt, der hat die Vermutung des Rechtes für sich, bis dasselbe gebrochen ist und wer einen Angriff auf die Gewere ausführt, muß das Recht zur Verteidigung herbeiziehen. Das wahre Recht hat die Macht, die Form des Rechtes zu brechen, wenn diese sich als trügerisch erweist. Solange aber, bis sie gehörig gebrochen ist, hat die Gewere den Schein des Rechtes für sich und drängt die Frage nach dem materiellen Recht in den Hintergrund.

Der Besitzesschutz wie er vom römischen Recht ausgebildet wurde, erübrigte sich im deutschen Rechte, da, wie im allgemeinen Teil hervorgehoben wurde, die Gewere als solche dem Angegriffenen zunächst das Selbsthilferecht verschaffte und dann im Prozeß nur durch ein besseres Recht, also durch eine petitorische Einrede, gebrochen werden konnte. Der im ZGB. aufgenommene Besitzesschutz ist denn auch, mit Ausnahme des Art. 927 [2] römischrechtlich und fällt deshalb nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

Wie wir wissen, verhalf die Gewere als die äußere Form der materiellen Berechtigung demjenigen zum Siege, der sie mit dem ihr zugrunde liegenden inneren Recht als sog. „bessere Gewere" verteidigen konnte. Nicht das bloß tatsächliche Moment des Innehabens oder in Nutz- und Geldehabens ließ der Gewere den richterlichen Schutz zusprechen, sondern das unter ihrem Kleide sich befindliche dingliche Recht, und hier im Zweifelsfalle das bessere Recht.

Wenn nun in Art. 927 [2] derjenige, der sofort ein besseres Recht nachweist und auf Grund desselben dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte, die Rückgabe verweigern kann, dem Ankläger gegenüber also ein besseres Recht nachweist, so ist hierin ein petitorischer Einbruch in den sonst römischen Besitzesschutz unserer Besitzeslehre zu erblicken. An diese petitorische Einrede knüpft das ZGB. zwei Bedingungen: Erstens muß der Nachweis eines bessern Rechts erbracht werden und zweitens die Möglichkeit der sofortigen Erbringung desselben. Dabei müssen die dazu nötigen Beweismittel sofort, bei der ersten sich bietenden Gelegenheit erbracht werden.

Curriculum Vitae

Ich wurde am 1. November 1916 in Zofingen geboren und bin heimatberechtigt von Seengen (Kt. Aargau). Nach Beendigung der Primarschule in Villigen und der Bezirksschule in Turgi besuchte ich während drei Jahren die Handelsschule Neuenburg. Hier beendete ich im Sommer 1936 meine Mittelschulbildung mit der Handelsmatura. Meinen juristischen Studien, welche ich im Herbst 1940 mit dem Doktorexamen abschloß, oblag ich an den Universitäten Zürich während drei und Bern während fünf Semestern.